NOUVELLE ÉTUDE DES SOURCES DU DROIT ISLAMIQUE

Par Muhammad HAMIDULLAH

La Thèse.

Je vais vous dire tout de suite ma thèse, et ensuite vous entendrez mes arguments. La division habituelle des quatre sources canoniques du droit islamique : le Qur'ân, le Hadith, le Consensus et la déduction analogique, n'était que la première tentative de leur classification par les pionniers ; et même chez les plus orthodoxes, on a depuis toujours accepté, comme tout à fait canonique, une dizaine encore d'autres sources pour les lois réglant la vie des Musulmans dans ses différents aspects.

Science du Droit.

La loi, dans la société humaine, est une institution presque aussi ancienne que la société elle-même. Pourtant, il est assez curieux de remarquer que les anciens ont rarement pensé à la jurisprudence, c'est-à-dire à la science du droit, distincte des lois elles-mêmes. On reconnaît à juste titre aux Romains, chez les anciens, une place d'honneur pour leurs lois et pour leur organisation judiciaire, mais je ne connais pas un ouvrage romain sur la science du droit.

Le plus ancien ouvrage sur la jurisprudence que j'ai rencontré, n'est autre que la célèbre **Risâlah** de l'Imâm ach-Châfi'iy. Cet auteur arabe est né en l'an 150 de l'Hégire (au milieu du VIII[e] siècle de l'ère chrétienne). Avant lui on connaît plusieurs autres juristes musulmans éminents, tels que Zaid-ibn-'Alîy, Abou-Hanîfah, Mâlik-ibn-Anas, qui tous nous ont laissé des ouvrages sur la loi islamique, mais le premier travail monographique sur la science du droit devait attendre ach-Châfi'iy.

Dans sa **Risâlah,** sus-mentionnée, l'Imâm ach-Châfi'iy, reconnaît très nettement la division en quatre des sources canoniques du droit musulman. C'est ainsi qu'en parlant de la légitimité de la déduction analogique comme source du droit, il dit : « Si l'on me demande : comment peux-tu dire qu'à défaut de précision dans le Qur'ân, dans la **Sunnah** prophétique et dans le Consensus, il faudrait recourir au Qiyâs (à la déduction) ? » (Ch. Ijmâ', dans la **Risâlah.**) Plus loin, il élabore l'emploi de la déduction, et la subdivise, en reconnaissant par

exemple l'usage de l'**Ijtihâd,** qui chez lui possède comme terme technique, un sens particulier, tout en rejetant le recours à l'**Istihsân** que ses maîtres et adversaires hanafites employaient très souvent. (Cf. chap. Ijtihâd et Istihsân, dans le même ouvrage.)

Cette brève allusion suffit pour nous démontrer qu'ach-Châfi'îy n'était pas le premier juriste chez les Musulmans à avoir trouvé et reconnu que les lois de l'Islam sont puisées à quatre sources. Certes, les devanciers d'ach-Châfi'îy, tels qu'Abou-Yousuf, Muhammad ach-Chaibânîy, et même leur maître Abou-Hanîfah, et peut-être aussi les juristes plus anciens, comme Hammâd, ont eu une idée très nette de cet état de choses, mais s'ils y ont pensé, c'est bien notre auteur qui l'a donnée le premier comme base scientifique et a créé une nouvelle science, qu'on appelle **Usoul-al-figh** (les racines du droit, terme expressif par lequel la science du droit est connue chez les Musulmans).

Depuis lors, on a rédigé des centaines d'ouvrages sur l'**usoul-al-fiqh,** et on n'a pas cessé de revenir sur le sujet des sources canoniques des lois, et aucune école de jurisprudence islamique, sunnite, chi'ite ou autre ne se croit justifiée à dépasser ce chiffre quatre pour les sources. Mais, en lisant les ouvrages de ces mêmes auteurs, un étudiant s'attachant au problème des sources reconnues du droit, ne cesse de s'étonner, lorsqu'il rencontre des lois ramenées par ces auteurs à des sources qui ne sont ni le Qur'ân, ni le Hadîth, ni le Consensus ou déduction, mais à d'autres sources bien différentes. C'est précisément ce que nous allons étudier.

D'autres sources du droit.

1° Commençons d'abord par la période du Prophète. Il n'est point besoin de dire que l'Islam commença comme une protestation contre les notions religieuses de cette époque, et il n'était nullement question de concéder l'égalité avec les Musulmans aux adhérents des autres religions. Avant l'Islam, la ville de Médine n'a pas connu d'organisation étatique. C'est le Prophète qui la dota d'une constitution étatique, et l'on possède la constitution de cet État, qui est d'ailleurs « la première constitution écrite » d'un État dans le monde. Or, dans cette constitution, du type plutôt fédératif, le Prophète organisa non seulement les Musulmans, réfugiés venant de La Mecque, aussi bien que ceux d'origine médinoise, mais aussi les Juifs et d'autres communautés. L'article 25 de cette constitution dit : « Les Juifs des Banou-'Awf formeront une communauté **avec** les Croyants » (ummah ma'al-mu'minîn). C'est le récit d'Ibn-Hichâm, qu'on s'efforce de traduire « une communauté à part mais avec les Musulmans ». Mais le texte de ce même article chez Abou-'Ubaid porte le mot « d'entre », donc une communauté faisant partie des Musulmans (ummah min'al-mu'minîn). C'est un document politique, basé sur un traité international, bilatéral. Il ne s'agit pas là des choses religieuses mais profanes. Attendons un peu avant d'en conclure quelque chose.

Il est évident qu'un Musulman ne peut agir d'une façon qui mettrait la vie d'un autre Musulman en danger. J'attire votre attention sur l'article 4 de la trêve d'al-Hudaibîyah, où il est prescrit : « Quiconque parmi les Qurachites se rendait chez Muhammad sans l'autorisation de son supérieur (mawlà), celui-là (c'est-à-dire Muhammad) le leur (Qurachites) renverrait. Mais que quiconque parmi les partisans de Muhammad se rendait chez les Qurachites, ceux-ci ne le lui renverraient point. »

La seule conclusion qu'on en tire à juste titre est que la nécessité ne connaît aucune loi : elle impose des concessions. Pour éviter un plus grand mal, on choisit le moindre. Ainsi on accepte un traité défavorable et les traités doivent être observés fidèlement. Non seulement du temps du Prophète, mais dans tous les temps, il y a des traités internationaux conclus par les Musulmans, et un auteur d'aussi haute importance que l'Imâm Muhammad ach-Chaibânîy consacre des dizaines de pages, dans son ouvrage **as-Siyar al-Kabîr,** sur la validité des traités et leur prédominance sur la loi normale.

2° Il est bien connu, comment à l'heure de la conquête, le Calife 'Umar I avait ordonné aux officiers provinciaux de conserver presque l'intégralité des anciennes lois sur les revenus agricoles, par exemple en Irân. La loi iranienne des revenus devint d'un seul coup la loi islamique. Certes, il

n'y avait rien contre les données islamiques, et le gouvernement musulman avait la faculté absolue de régler la situation comme il le jugeait convenable, mais tout ce que je soumets à votre réflexion, c'est que le gouvernement califal de 'Umar I s'est inspiré des lois étrangères. Le mot source n'a pas d'autre sens sinon l'endroit où on trouve la première idée d'une loi. Nos auteurs vont très loin, et tous sont d'accord que « Tout ce qui n'est pas interdit par la loi, c'est-à-dire par le Qur'ân et par la Sunnah du Prophète, est licite et permis » (**al-asl al-ibâhah**). On voit quelle grande facilité cette doctrine donne à l'infiltration perpétuelle des influences étrangères, des coutumes jugées bonnes par les autorités judiciaires des Musulmans.

3° Je citerai encore un cas du temps de ce même Calife de grande autorité canonique, 'Umar I. Or, d'après le **Kitâb-al-Kharâj** d'Abou-Yousuf, le Calife fut interrogé par l'administration des douanes aux frontières, pour savoir comment traiter les commerçants étrangers se rendant en territoire islamique avec leur marchandise. La réponse au douanier de la ville de Manbij est conservée, et elle est ainsi conçue : « Comporte-toi d'après le traitement que le gouvernement de ces étrangers réserve à nos sujets lorsqu'ils se rendent dans son territoire ; perçois de ces commerçants étrangers le même pourcentage, comme droits de douane, qu'il en perçoit de nos ressortissants ; et si on ne le connaît pas, alors 10 % sur les marchandises. » Donc la réciprocité est une source tout à fait valable pour l'Islam, même si cela enlève à la loi islamique l'uniformité de pratique dans un pays, dans une époque.

4° De tout temps, les subordonnés administratifs ont reçu des instructions de la part de leurs supérieurs. Les instructions des autorités compétentes sont obligatoirement suivies par les fonctionnaires d'État et elles constituent ainsi une source légitime de la loi islamique, surtout lorsqu'il n'y a pas eu de protestation et d'abrogation ultérieures. Il faut distinguer cette catégorie de celles que nous avons décrites plus haut, telles que traités internationaux, réciprocité, etc., car ces instructions peuvent non seulement répondre aux questions des subordonnés, mais aussi provenir de l'initiative originale des autorités pour améliorer l'état des choses existant. De telles instructions gouvernementales restent valables au moins pendant le règne de celui qui les a données.

5° Pour l'Imâm Mâlik, l'usage des habitants de Médine ('urfahl al-madînah) possède une haute valeur juridique, ce qui nous rappelle le consuetudo populi romani. Or, d'après l'école mâlikite, à défaut de précision dans le Qur'an et dans les paroles du Prophète, c'est l'usage des Médinois de l'époque islamique qui aurait une priorité sur toute autre source, y compris la déduction analogique. D'après le raisonnement de l'Imâm Mâlik, il faut croire que l'usage en question avait l'approbation du Prophète.

6° Bien que les autres écoles, qui sont nées ailleurs qu'à Médine, telles que les écoles hanafite, châfi'ite, hanbalite, etc., parmi les Sunnites ainsi que les écoles chi'ites et autres, ne reconnaissent pas cette prééminence aux coutumes de Médine, malgré la haute prérogative du Prophète que l'Imâm Mâlik y cherche ; néanmoins, ces autres écoles aussi reconnaissent à la coutume une place d'importance considérable dans leur jurisprudence. Selon différentes nuances, on emploie les termes **'urf, 'âdah, ta'âmul,** etc., pour dire qu'en l'absence de précision dans les textes, c'est la coutume qui décide de la loi, et non les déductions rigoureuses d'analogie juridique. Dans les compendium du droit musulman, on rencontre assez souvent l'expression que le Qiyâs, c'est-à-dire la déduction et la logique exigerait telle et telle règle, mais l'usage, la coutume ou l'habitude des gens est tel. Évidemment, ces habitudes diffèrent de pays à pays, et d'époque à époque, et l'on peut facilement recueillir un grand nombre de cas où les nouvelles coutumes ont remplacé les anciennes.

7° La théorie du **'umoum al-balawà** exigerait une étude à part. Le terme signifie une mauvaise habitude dans laquelle tout le monde est tombé. Ce genre de coutume prédominante est considéré comme tolérable, pour ne pas lui octroyer une importance plus élevée. Les juristes les plus strictement orthodoxes s'y réfèrent, et la reconnaissent comme une source valable du droit islamique. Cette coutume prédominante l'emporte même sur les meilleures données textuelles de la loi, et de ce chef

s'attribue une autorité qu'on ne lui concèderait ordinairement pas. Certes, nos auteurs ne reconnaissent cette source comme valable que dans les matières plutôt insignifiantes de la vie profane, mais cela ne réfute pas ma thèse qu'il y a bien des sources légitimes du droit islamique, autres que les quatre « canonisées » par nos devanciers, respectables et respectés.

8° Signalons enfin le procédé des fictions qui à peine cachent les intentions réelles. Par exemple, d'après les notions islamiques, il est impossible d'arrêter une plainte pour la seule cause d'avoir réclamé le droit tardivement. La notion était purement occidentale, et pour les cas civils, on jugeait nécessaire de l'adopter. Or, dans le célèbre code ottoman **Majallah,** il est expressément expliqué par les ulémas les plus orthodoxes comment ils ont réussi à atteindre le but. Ils précisent que d'après les théories, comme d'après la pratique ancienne, il ressortit au pouvoir du chef d'État de déterminer les pouvoirs des juges. Le Sultan ordonne que les tribunaux ordinaires du pays refusent d'entendre les réclamations faites avec des retards fixés dans ce but par l'ordonnance gouvernementale. On dit que les plaintes tardives ressortissent au chef du gouvernement seul, mais il est aussi sous-entendu que le Sultan n'acceptera pas non plus de telles réclamations. Par de telles fictions, les raisons pratiques l'emportent sur la théorie.

Je n'ai pas besoin de parler ici des différentes catégories de l'opinion et de la déduction, telles qu'**Istihsân, istishâb,** et aussi l'**ijtihâd** dont parle tout particulièrement l'Imâm ach-Châfi'îy, et qui possède chez lui une signification différente de celle que les auteurs donnent ordinairement à ce terme ijtihâd. Dans ces cas d'opinion, nos auteurs abandonnent la stricte application de la logique, et préfèrent des lois basées sur l'équité, le bien-être commun (salus populi) et autres considérations raisonnables. Car nos auteurs en parlent sous la rubrique « Déduction analogique », et il serait utile de leur disputer le droit de reléguer ces sources dans une subordination qui peut-être ne leur est pas due. Ils en parlent, et aussi de l'**istislâh,** et cela suffit.

La même remarque s'applique aux lois préislamiques, dites révélées (Sunan man kân qablakum). Toutefois, il faut mettre en relief que, d'après l'Islam, les lois imposées par les anciens prophètes, depuis Adam jusqu'à Jésus-Christ, sont toutes aussi valables pour les Musulmans, à moins qu'elles n'aient été abrogées par le Qur'an ou par la Sunnah de Muhammad. Les auteurs comme al-Bukhâry et at-Tirmidhîy nous rapportent les paroles ainsi que les actions du Prophète à ce sujet; et le Qur'an est encore plus précis, lorsqu'il cite une quinzaine d'anciens prophètes par leurs noms, puis s'adresse à Muhammad : « Suis-les comme guides » (fa-bihudâhum'uqtadih, Qur'ân 6 : 90). Mais il y avait une difficulté insurmontable : c'est la question de s'en informer. D'après le Qur'ân, les anciens livres révélés auraient été corrompus pour une cause ou pour une autre, et en effet la raison d'être même de l'Islam était de restaurer la loi éternelle de Dieu, révélée aux prophètes successifs dans le passé, et renouvelée lorsque l'histoire tragique des enfants d'Adam et d'Ève causa la perte de ces livres sacrés sans possibilité de les retrouver. Or, cette reconnaissance des lois révélées aux anciens se borne à celles qui ont été mentionnées dans le Qur'ân ou dans le Hadîth du Prophète, comme anciennes lois divines. La loi mosaïque du talion, par exemple, est citée comme telle dans le Qur'ân, et comme il n'y avait dans le Qur'ân aucune abrogation de cette loi, on la tient comme valable pour les Musulmans.

Évidemment, je ne peux pas comparer les coutumes de certains peuples musulmans, surtout dans le domaine de la disposition des biens, par héritage, par legs testamentaire, etc., où ces coutumes vont non seulement à l'encontre du Qur'ân mais aussi à l'encontre de la pratique générale des autres Musulmans. On en parle chez les Berbères de l'Afrique du Nord, comme chez les Indonésiens. Quant aux Musulmans du continent en-deçà des Himalayas, ils n'ont pas agi partout de la même façon : à Haidarâbâd, par exemple, il n'y avait pas de coutumes non-islamiques ou anté-islamiques dans ce domaine; par contre, au Panjâb, les filles et les sœurs n'avaient aucun droit d'héritage; au Malâbâr, le neveu, c'est-à-dire, le fils de la sœur héritait à l'exclusion des enfants du défunt; au Bombay, on ne distribuait point l'héritage, et c'était un système qu'on appelle famille associée, qui y régnait, où les biens restaient acquis en faveur de toute la famille

de génération en génération, sans partage. De telles coutumes n'ont évidemment aucune place dans les sources légitimes du droit islamique.

Conclusion.

Tout en excluant les coutumes non-islamiques dont je viens de parler, nous avons vu qu'à part les quatre sources « canonisées » du droit islamique, à savoir, le Qur'ân, la Sunnah, le Consensus, et la Déduction analogique, il y a presque une dizaine d'autres sources qui ont été reconnues par les juristes comme de vraies sources du droit, mais qui ne se trouvent pas mentionnées à l'endroit où on a l'habitude de les chercher.

Communication faite au
Congrès International des Orientalistes,
Istanbul, septembre 1951.

